POR

EL CONDE DE Chinchon.

CONTRA

Doña Mariana de Ybarra Velaſco tutora de la Marqueſa de Salinas, y ſus hermanas.



RETENDE El Conde, que ſe deue declarar.

Que cumple cõ reſtituir vnas joyas en ſu propia eſpecie, y que no tiene obligacion a reſtituir la eſtimacion dellas.

Y que ſe deue reuocar el auto del Alcalde, que le cõdenò a reſtituir la eſtimacion en plata doble, o fundar cenſo de la cantidad.

El punto es, ſi en eſte caſo la eſtimaciõ de las joyas hizo venta.

Preſuponeſe, que en la capitulacion matrimonial del Conde, y Condeſa de Chinchon, huuo entre otras dos clauſulas.

En la vna ſe dize, que la Condeſa traera en dote al matrimonio *todos los bienes rayzes, juros, cenſos, joyas, veſtidos y muebles, derechos y acciones.* Y luego dize, *De todo lo qual ſe harà inuentario, y taſſacion en forma autentica y prouable, para que ſe ſepa en todo tiẽpo losq̃ ſon.*

En la otra se dize, q̃ los rayzes, juros, o censos, queden vinculados durante el matrimonio, y q̃ no se puedan vender, ni enagenar, sino que dissoluiendose el matrimonio, se ayan de restituir en su propia especie, y lo que fuere dinero, se aya de emplear en juro, o censo, con la misma calidad de vinculo. Y luego dize: *Y la cantidad que el dicho señor Conde recibiere de la dicha dote en joyas, y bienes muebles, lo ha de assegurar su Señoria sobre los bienes y rentas en su Casa y Mayorazgo, obligãdolos a la paga, y restitucion de la dicha cantidad, y a que no se restituyendo luego como se dissuelua el dicho matrimonio, desde aora para entonces quede impuesto censo por la dicha cantidad al quitar, a razõ de a veinte mil el millar.*

Despues se hizo vna escritura de transaccion entre el Conde y Condesa de Chinchon *de vna parte, y de la otra la dicha doña Mariana de Ybarra tutora de sus nietas.* En la qual refieren, que la Marquesa de Salinas, y sus hermanas, deuiã pagar a la Condesa de Chinchon su madre siete mil quatrocientos y ocho ducados de resta de la cantidad que el Marqnes de Salinas le auia prometido para gastos de su camara, y cierta cantidad por bienes ganãciales. Doña Mariana pretẽdia no deuerselos, y que antes la Condesa deuia restituir a sus hijas las dadiuas y presentes que parientes y deudos del Marques le auian dado. Dize luego, *Que por euitar los dichos pleytos, dudas y diferencias, y conseruar el parentesco tan estrecho que ay entre madre y hijas, se auian concertado,* que en satisfaciõ de las dichas pretensiones, se diessen a la Condesa ciertas joyas que se auian inuentariado, y tassado al tiempo que murio el Marques de Salinas. Y en esta conformidad el Conde y Condesa dan recibo de las dichas joyas, confessando, que es cierta y verdadera la tassa dellas, y no ir ni venir cõtra ella en tiempo, o manera alguna, y se obli

gan

gan, *que durante el matrimonio las tendran de manifiesto, sin poderlas vender, ni enagenar, &c.* Y para la seguridad desto obliga la Condesa vn cẽso de siete mil ducados, y concluye diziendo: *Y despues de dissuelto por qualquiera de los casos que el derecho permite, y no antes, hã de quedar las dichas joyas, y el principal del dicho censo y reditos del todo libre de la dicha obligacion y hipoteca por bienes propios de mi la dicha Condesa, para disponer de todo ello a mi eleccion y voluntad, con lo qual ambas partes nos contentamos y satisfazemos: es a saber, nos los dichos Conde y Condesa por las dichas pretensiones de los dichos siete mil, &c.*

Supuesto el tenor destas dos escrituras, parece notorio, que no interuino estimacion que haga venta, y que cumple el Conde con restituir las joyas en su propia especie.

Primò. Porque en la primera clausula arriba referida de la capitulacion matrimonial, hablando de los rayzes, juros, censos, joyas, vestidos, muebles, y derechos, se dize luego, *De todo lo qual se harà inuentario, y tassacion en forma autentica y prouable, para que se sepa en todo tiempo los que son.*

Aquellas palabras, *para que se sepa en todo tiempo los que son*, declaran la causa final de hazer la tassaciõ. Que no era para q̃ hiziesse vẽta, sed vt sciatur valor rei, & quantitas bonorum.

Porque aunque la estimacion vt plurimum se haga para que obre venta de los bienes dotales estimados, *l. si æstimatis. ff. soluto matrimonio. l. quoties. C. de iure dotium.* Pero frequentemente se haze no para induzir venta, sed vt sciatur valor rei, & quantitas bonorum, para vno de dos efectos. El vno, para que si al tiempo de la dissolucion del matrimonio estuuieren deteriorados, se aya de suplir la deterioracion. El otro, para que si no estuuieren en ser, se restituya la estima-

timacion: ficuti declarant plures casus distinguentes, *Mantica de tacitis & ambiguis conuentionibus, lib.12. tit.28.num.1.Couarru.in pract.cap.21. latissime Barbosa in d.l si stimatis. Mascar.conclus.620.*

En las palabras arriba referidas declararon los cõtrayentes esta duda, pues dixeron, que se hiziesse tassacion de todos los bienes rayzes, joyas y muebles, *para que se sepa en todo tiempo los que son.* Ergo estamos fuera de la disputa de derecho, y seria contra las palabras interpretar, que la tassacion fue, para induzir venta, no haziendose, nisi tantum, vt sciatur valor rei, *l. cũ de indebito. ff de probationibus,* ibi: *Nisi ipse qui cautionem exposuit causas expressit pro quibus eandem conscripsit.* Et generaliter probatur *in l. si inter virum. l. cum post. §. cum res in dotem. ff. de iure dotium. Mantica dict. lib.12 tit.28. num.3. Couarru. dict. cap.28. nu.3. Mascar. conclus.620. num 5.*

Secundò. La parte cõtraria està llana (como es forçoso que lo este) que respecto de los rayzes, juros y cẽsos, aunque huuo pacto de tassarlos, no auia de hazer la estimacion venta, sino que cumplio el Conde con restituirlos en su propia especie, como con palabras expressas se dispone en la clausula segunda de la capitulacion arriba referida.

Et tamen en la clausula primera, en vn mismo periodo, y con vnas mismas palabras se dize, sub vniformi determinatione, que se haga tassaciõ *de los rayzes, juros, censos, joyas, muebles y derechos.*

Ergo es preciso entender, que el pacto de tassar fue vniforme para todo, y que como respecto de los rayzes no induze venta, tampoco respecto de las joyas: quia vna determinatio respiciens plura determinabilia pariformiter, & sub eisdem qualitatibus omnia determinat, *l. iam hoc iure. ff. de vulgari.* & quia copulatiua, seu collectiua operatur, vt omnia copulata intelligantur

gantur pariformiter; & sub eisdẽ qualitatibus, *l. Sciæ. §. Caio, ff. de fundo instructo.* Et vna pars declarat aliã, maxime in eadem oratione copulatam. *l. 1. ff. de rebus dubijs. l. qui filiabus, ff. de legat. 1.* Y como los contrayentes entendieron la palabra, *tassacion*, y la obligacion de tassar respeto de los rayzes, assi se ha de interpretar, que la entendieron respeto de las joyas, ex eleganti doctrina *Bart. in l. Centurio, num. 27. ff. de vulgari.*

Tertio. Porque en la capitulacion, aunque in genere se dispuso, que se tassassen todos los bienes, y particularmente todas las joyas; pero no se expressò precio, ni se nombraron tassadores, ni se remitio a ellos. Y en este caso, la estimacion no haze venta, aunque despues se entreguen los bienes estimados. Porque la verdadera distincion es de dos casos. El vno, Que si el pacto de tassar està referido a arbitros, o tassadores, induze venta, iuxta disposita *in l. fin. C. de emptione & venditione.* El otro, Que no auiendo mas que simple promessa de estimar, y tassar, sin remitirlo a tassadores, no induze venta. Sic in specie tenuit *Bartol. in l. si vt certo. §. nunc videndum, num. 5. ff. commodati. Curtius Junior in l. ex conuentione, colum. 2. C. de pactis. Couarruuias in prædicta practica 28. num 7. Mantica de tacitis & ambiguis conuentionibus, lib. 12. tit. 28. num. 10. vers. Sed idem Couarruuias, & iterum num. 22.*

Quarto. Lo mismo resulta de la clausula segunda, que ponderan. Porque aunque comiença diziẽdo, que el Conde assegure la cantidad que recibiere en joyas, y bienes muebles, obligando sus bienes a la paga y restitucion de la dicha cantidad, *y a que no se restituyẽdo, desde agora para entonces, quede impuesto censo sobre la dicha cantidad.* Pero estas palabras no induzen venta, sino promessa, de que desde luego quede fundado censo, si luego que se disuelua el matrimonio no se

restituyeren las joyas, y bienes.

Lo vno. Porque dixo, *obligandolos a la paga y restitucion.* Y luego dixo, *y no restituyendose:* y la palabra, *restituyr,* no cae tan propiamente sobre la estimacion que no se recibio, como sobre los bienes que se recibierõ, y se restituyen, ex natura verbi restituere; de qua *in l. videamus, §. in Fabiana, ff. de vsuris.*

Lo otro. Porque la palabra, *y no restituyendose,* es impersonal, que en lo literal, ni se refiere a la estimacion, ni a las joyas; y assi en duda se ha de referir a las joyas. Quia referri debet ad mentem & dispositionem iuris, ita vt disponentes censeantur cum dispositione iuris se conformare. *l. hæredes mei, §. fin. ff. ad Trebellianũ.*

Præterea. Porque la duda que puedẽ tener estas palabras impersonales de la clausula segunda, se han de interpretar por las de la primera, donde expressamente se dixo, que la tassacion de rayzes, y joyas, y muebles, auia de ser vt sciatur valor rei, declarando vnam clausulam per aliam, vt supra dictum fuit.

Quinto. Quando el pacto de tassar las joyas, fuera para que la tassacion hiziesse venta, no ha llegado el caso de pedir la estimacion al Conde. Por no auerse hecho hasta oy tassacion, para entre el Conde, y la Condesa.

Porque la tassacion que aprouaron el Conde, y Cõdesa en la escritura de transaccion, arriba referida, no fue para que obrasse entre el Conde, y Condesa entre si, sino por via de transaccion para entre el *Conde y Cõdesa juntos, de vna parte, con doña Mariana, y sus nietas de la otra.*

Lo qual consta por palabras claras de la tassacion.

Primeramente, en quanto luego en el principio, en la cabeça de la escritura comiença diziendo, que la otorgan *el Conde y Condesa, de la vna parte, con doña Mariana, de la otra.* Y assi el contrato, y tassacion es

del

del Conde y Condesa juntos, con doña Mariana; pero no del Conde y Cōdesa entre si mismos, ex vulgari regula. Quod dispositio collectiua plurium erga vnum, non operatur inter illos collectiuè nominatos inter se *l. qui duos, & l. sequent. ff. de procuratoribus. l. si quis ingenuum. §. in ciuilibus, ff. de captiuis, & postliminio reuersis.* Per quæ & alia, ita in specie in transactione cōpromisso & sententia, tradunt *Bald. cons. 309 in secundo dubio, lib. 1. Butrius cons. 77. nu. 3. & cum multis alijs Surdus decis. 176. num. 5. vers. Dubium autem.*

Esto mismo se declara en el prohemio de la escritura, donde se refieren las pretensiones que la Condesa, y doña Mariana, y sus nietas tenian, con la ocasion de pleytos que dellas podian resultar entre ellas, y para euitarlos hazen aquella transaccion, ibi: *Y por euitar los dichos pleytos, dudas, y diferēcias, &c.* Este prohemio declara la intencion que tuuieron, y lo que quisieron hazer, y que solo fue hazer contrato y transaccion entre suegra y nuera, entre quien eran las diferencias y pleytos; y no entre el Conde y Condesa entre si mismos, en quiē cessa aquella causa expressada en el prohemio. Nam prohemium inducit causam finalem, & declarat, quid in subsequenti dispositione contineatur *l. fin. ff. de hæredibus instituendis, Molina lib. 1. capit. 6. num. 2.*

Y se haze euidente, con que luego el Conde y Condesa juntos, hazen obligacion en fauor de doña Mariana, para seguridad de la transaccion; y no hazen obligacion general, ni especial entre si mismos, porque no se hazia la escritura para hazer contrato, ni tas sacion entre el Conde y la Condesa, sino de la Condesa en fauor de doña Mariana; y assi marido y muger hazen obligacion general en fauor de doña Mariana, y la Condesa haze obligacion de vn censo suyo propio, de siete mil ducados, a la seguridad de que no se

impug-

impugnaria la taſſacion,ni ſe venderian las joyas. Con que ſe haze euidente, que ſolo era contrato, tranſaccion, y taſſacion entre la Condeſa, y doña Mariana, en cuyo fauor ſe obligan el Conde y Condeſa, y no entre el Conde y Condeſa, pues no ſe obligò el Conde en fauor della, ni ella en fauor del.

Denique. Porque en toda aquella eſcritura hablan ſiempre el Conde y Condeſa juntos, y no ay palabras promiſsiuas, diſpoſitiuas, ni obligatorias del vno en fauor del otro; ſino que entrambos prometen, entrambos ſe obligan, y entrambos aſſeguran, todo en fauor de doña Mariana, y de ſus menores. Ergo no ſe ha de eſtender contra las palabras, a que ſe entienda hazer contrato, ni eſtimacion entre Conde y Condeſa entre ſi miſmos: eſt enim contractus ſtricti iuris, que no ſe ha de eſtender, ni ampliar a mas de lo que ſuena, ſino reſtringirſe. *l. quidquid aſtringenda, ff. de verborũ obligationibus.*

Sexto & vltimo, Si porfiaren que eſta tranſaccion induxo contrato de venta, y taſſacion entre el Conde y Condeſa, adhuc por ella quedan mas preciſamente conuencidos, de que la eſtimaciõ no hizo venta. Porq̃ fundandoſe en eſta eſcritura, para dezir q̃ huuo en ella eſtimacion, es forçoſo q̃ la aprueuẽ o reprueuẽ en todo. Y ſi la aprouarẽ, ha de ſer cõ todas ſus calidades, y como en ella ſe contiene. *l. cum ab vno, in princ. ff. de legat. 2. Bald. Albericus, & Angelus in l. contra, §. ſi filius, cum l. ſequenti, ff. de pactis.* Y no pueden valerſe della en vna parte, y reprouarla en otra. *l. cũ quæritur. ff. de adminiſtratione tutorum*, cum infinitis apud *Tiraquel. de retractu conuentionali, in fin. nu 8. Surd. conſ. 60. nu. 27. lib. 1.*

Ergo por el miſmo caſo que aprueuan eſta eſcritura para dezir hizo taſſaciõ, por el miſmo caſo ſe entiende aprouarla en quanto diſpone, que la eſtimacion

cion no auia de hazer venta. Lo qual prueua la escritura cō notoriedad en dos clausulas arriba referidas. La vna es, la que dispuso, que el Conde y Condesa no puedā vender, ni agenar las joyas durante el matrimonio, que es pacto que directamente repugna a venta, y obra quod non censeatur translatum dominiū in Comitem, & sic facit contractum transire in diuersam speciem, *l. vbi ita donatur. ff. de donationibus causa mortis.* En la segunda literalmente estipularon, que dissuelto el matrimonio, quedē las joyas por propias de la Condesa, para hazer dellas a su voluntad, como cosa suya propia. Que fue lo mismo que dezir, que la estimacion no haga venta. Porque quando con la estimacion concurre pacto, quod res restituantur vxori, cōclusion textual es, que la estimacion no haze venta, ex textu expresso, & vulgari *in l. cum post. §. cum res in dotem ff. de iure dotium. l. si stimatis, nu 5. & ibi Paulus num. 5* & post eum, & omnes alios *Barbosa* latissime declarans *ex num. 29. ff. soluto matrimonio. Couarr. in pract. cap. 28. num. 4. versic. Tertio colligitur. Mantica de tacitis & ambiguis conuentionibus, lib. 12. titu. 18. num. 20.*

Y no obsta dezir, q̄ esta transaccion hecha constante matrimonio, se ha de reputar por donacion hecha constante matrimonio: y que assi no pudo valer para entre marido y muger en perjuyzio del derecho adquirido por la primera escritura.

Lo primero. Porque en la primera no auia estimacion: y assi por ella sola no pudieran obligar al Conde a q̄ la pagasse, y la pretension de q̄ huuo venta y tassacion, nace desta segunda escritura, hecha durante matrimonio. Y si no quieren que valga en perjuyzio de la Condesa, tampoco valdra en perjuyzo del Conde. Porque es igual para entrambos la prohibicion del titulo. *ff. de donat. int. vir. & vxor.*

Deinde, aunque en la capitulacion se huuiesse dicho expressamente, que la tassacion hiziesse venta. Pero en ella no se hizo mencion destas joyas, ni podia, porque entonces no eran de la Condesa, ni lo fueron, hasta que doña Mariana se las dio por la transaccion: y assi al tiempo que se transfirio el dominio dellas, se le pudo poner condicion, de que la estimacion no hiziesse venta, y se deue guardar esta, y no la de la capitulacion, vt disponitur *in authent. excipitur. C. de bonis quæ liberis.* Porque este no es contrato entre marido y muger durante matrimonio, q̃ es el que la ley prohibe, sino entre la muger, y vn tercero, en quien no habla el titulo de donationibus inter.

Denique, quãdo en la transaccion huuiera tambiẽ cõtrato entre marido y muger, y no pudiera obrar en derogacion de la capitulacion, si en ella huuiera pacto claro, quod stimatio faceret emptionem. Pero no auiendo pacto claro, sino las palabras dudosas que se han referido, se declaran por la transaccion, que aunque en si fuera inualida para obrar de nueuo, nihilominus, obra en declaracion de la capitulacion: declaratio enim optime desumitur ex actu, quantumcunq; nullo, & inualido, *l. fin. ff. de rebus eorum. l. fin. C. familiæ herciscundæ. Surdus consil. 94. num. 45. lib. 1.* Y nadie pudiera, ni supiera declarar mejor la duda de la capitulacion, que los mismos que la hizieron, *l. ex facto. ff. de hæred instit. l. fi. C. de legib. cum vulgar.*

Septimo & vltimo, Supuesto que en la capitulaciõ, aunque huuo pacto de tassar, pero no huuo tassacion, ni en ella, ni en ninguna otra, sino tan solamẽte la que pretenden auer interuenido en la transacciõ, es imposible que aquella pueda perjudicar al Conde.

Porque o se va con letura, de que en la transaccion no huuo contrato, ni tassacion entre marido y muger, o que le huuo: y no ay dar medio.

Sino

Sino huuo contrato y taſſacion entre marido y mu ger, con eſto ceſſaria toda la pretenſiõ contraria. Pues en el eſtado preſente no auria taſſacion, & per conſequens, ni venta.

Y ſi quieren que huuieſſe contrato entre marido y muger, aquel fue con calidad expreſſa de reſtituyr los bienes en ſu propia eſpecie.

Ergo en qualquiera manera que ſe conſidere, es forçoſo abſoluer al Conde, o porq̃ no ha auido taſſacion, o porque la que pretenden, fue con calidad expreſſa de reſtituyr las joyas en ſu propia eſpecie.

Siendo como es cierto lo que ſe ha fundado, no es neceſſario paſſar al ſegundo agrauio de la ſentencia, en quanto condenò al Conde a reſtituyr el valor de las joyas en plata doble, pues quando importara tratar del, es facil la reſolucion por la nueua prematica, que para la obligacion de pagar en plata puſo dos calidades. La vna, de que precedieſſe expreſſa promeſſa de pagar en plata. La otra, que aun auiendo promeſſa no baſta, ſino es conſtando que ſe recibio en oro, ò plata: y entrambas coſas faltan aqui. Porque no ay promeſſa de pagar en plata, y conſta que lo que ſe recibio fueron diamantes, que no tienen precio ni valor fixo, y ſon ſugetos a crecer y menguar el precio dellos: y aunque huuo tãbien oro, es ſiempre muy poco, reſpeto del valor de los diamantes. Y aſsi el Conſejo en diuerſos negocios ha declarado, que no ay obligacion de pagar en plata las jojas de diamantes. Saluo, &c.

Ldo. Luis de Casanate